

## 연구 논문

# 1906~1910년간 일제의 의병 판결실태와 그 성격\*

김 항 기\*\*

- |                           |                   |
|---------------------------|-------------------|
| 1. 머리말                    | 4. '常事犯' 처분과 그 의도 |
| 2. 일제의 사법권 장악과 의병 판결 적용조문 | 5. 맺음말            |
| 3. 일제의 의병 판결과 특징          |                   |

## 1. 머리말

1906년 통감부 설치 이후 한국은 실질상 일본의 식민지로 편입되어갔다. 이 과정에서 의병은 국권을 회복하기 위해 일제에 적극적으로 저항하였다. 특히 1907년 군대 해산 이후 해산 군인의 참여로 의병항쟁 규모가 확대되자, 일제는 군대를 증파하여 강경하게 '진압'하였다. 그 결과 희생된 의병은 2만여 명에 달했고 부상자나 포로는 그 이상이었으며, 정당한 재판 없이 현장에서 총살되는 경우도 적지 않았다.<sup>1)</sup> 이와 동시에 일제는 검거된 수많은 의병을 재판에 넘겼다. 일제에 장악당한 재판소는 피검자인 의병들을 '법적 절차'에 따라 '처분'하

\* 이 논문은 2017년도 독립기념관 신진연구자 연구지원에 의해 연구되었음.

\*\* 동국대학교 대외교류연구원 연구원.

1) 김상기, 「한말 일제의 침략과 義兵 虐殺」, 『역사와 담론』 52, 2009, 116~118쪽.

였다. 따라서 일제가 의병에게 적용한 법리와 형량에 대한 연구는 통감부 체제 하에서 시행된 형사 재판의 실체를 규명하고, 나아가 의병탄압과 통감부의 사법·통치정책의 성격을 파악하는 데 중요한 실마리를 제공해줄 것이다.

지금까지 의병에 관해서는 수많은 연구성과가 축적되었다. 그러나 기존 연구는 의병 부대의 구성이나 참여층을 중심으로 민중적·근왕적 성격, 혹은 정치·사회적 성격을 분석하는 경우가 대부분이었다.<sup>2)</sup> 형법제도에 관련해서도 형법체계나 재판제도 위주로 진행되어 실질적 운영과 재판 결과에 대한 연구는 적은 편이다.<sup>3)</sup> 그 중 의병에 대한 사법처분을 다룬 연구는 다음과 같다.

우선 박민영은 1906년 태인의병 의병장 최익현과 임병찬 및 홍주의병 9명 등 11명의 대마도 유배 경위와 생활을 고찰하면서, 대마도 유배가 일제의 조직적 계획 하에 한국내 항일 분위기를 봉쇄하기 위한 이토 히로부미의 정책적 판단으로 이루어졌다고 밝혔다.<sup>4)</sup> 의병들의 유배 실태를 고찰했다는 의미가 있지만, 본격적인 의병 처벌에 대한 연구는 아니었다.

심철기는 판결문을 활용해 경기, 강원 충청지역의 의병 활동과 함께 일제가

2) 의병에 대한 연구는 비교적 많은 연구가 축적되었다(김상기, 「조선말 의병전쟁 연구의 현황과 과제」, 『의병전쟁연구』 상, 지식산업사, 1990; 강길원, 「의병운동연구」, 『한민족 독립운동사』 12, 국사편찬위원회, 1993; 김상기, 「의병전쟁에 대한 연구성과와 과제」, 『한국사론』 25, 국사편찬위원회, 1995; 박민영, 『대한제국기 의병연구』, 한울, 1998; 오영섭, 『고종황제와 한말 의병』, 선인, 2007; 홍영기 『대한제국기 호남의병 연구』, 일조각, 2004; 등). 또한 한국독립운동사연구소에서 편찬한 한국독립운동의 역사 중 9권부터 11권이 의병에 대한 연구이다(김상기 『한말전기의의병』, 박민영, 『한말중기의의병』, 홍영기, 『한말중기의의병』). 최근의 지역의병 연구로는 심철기, 「提川乙未義兵의 砲軍과 農民」, 『지역문화연구』 3, 2004; 「원주지역 전기의병의 학문적 배경과 참여세력」, 『한국사상사학』 38, 2011; 「한말 원주의병의 발전과정과 운동 방향」, 연세대 대학원 박사학위 논문, 2014 등이 있다. 이외에도 의병의 개념과 성격에 대한 연구로는 김현주, 「마을주민의 시선에서 본 의병운동」, 『한국사학보』 49, 2012 등이 있다.

3) 도면희, 「갑오·광무연간의 재판제도」, 『역사와 현실』 14, 1994; 도면희, 「1894~1905年間 刑事裁判制度 研究」, 서울大學校 國史學科 博士學位論文, 1998; 도면희, 『한국 근대 형사 재판제도사』, 푸른역사, 2014; 鄭鎭淑, 「1896~1905년 형법 체계 정비에 관한 연구」 『刑法大畧』 반포를 위한 기초작업을 중심으로, 『한국사론』 55, 2009; 金憲株, 「갑오개혁 이후 '특별형법'의 제정과 역할(1895~1905)」, 高麗大學校 韓國史學科 碩士學位論文, 2009; 문준영, 『법원과 검찰의 탄생』, 역사비평사, 2010.

4) 박민영, 「한말 義兵의 對馬島 被囚 經緯에 대한 연구」, 『한국근현대사연구』 37, 2006; 박민영, 「한말 對馬島 被囚 義兵의 幽閉生活」, 『한국독립운동사연구』 27, 2006.

의병을 ‘폭도’로 규정하여 탄압의 정당성을 확보하려 했다고 분석하였다. 하지만 판결문에 나타난 의병의 활동에 초점을 맞췄기 때문에, 사법적 측면에서 의병 판결 법리 및 일제의 사법탄압 의도를 명확히 파악하지 못한 한계가 있다.<sup>5)</sup>

이계형은 사법제도를 이용한 민족운동의 탄압에 대해 고찰하는 과정에서 일제가 의병에 대한 판결 논리로 초기부터 내란죄를 적용하여 수천명의 의병을 사법적으로 탄압하였다고 보았다. 이토는 의병이 일본에 반대하여 일어났음을 인정하면서도 일본의 통감부 설치 등의 행위는 한국 황제의 승인을 받은 합법적 행위이고, 이에 반대하는 것은 반역이라는 논리로 의병 참가자들에게 내란죄를 적용하여 처벌하였다는 것이다.<sup>6)</sup> 이 글은 비록 본격적으로 사법제도를 통해 의병탄압의 실체를 고찰한 연구는 아니지만, 의병들에게 내란죄를 적용한 이유와 법리에 대해 규명했다는 의의를 찾을 수 있다. 그러나 내란죄 적용에만 초점을 맞춘 나머지 강도와 폭동 등 의병 탄압에 다양한 법리가 적용된 사실을 간과한 아쉬움이 있다.

이처럼 기존 연구는 사법제도를 활용하여 일본에 저항하는 세력을 통제하려는 대략적인 윤곽은 밝혀냈지만 세밀한 분석까지 이르지 못했다. 또한 의병과 사법제도에 대한 연구가 개별적으로 진행되면서 통감부기 일제에 강력하게 저항했던 세력인 의병의 법적 처벌에 대한 연구는 미흡한 실정이다. 1906년부터 1910년까지 일제는 통감부를 중심으로 한국의 ‘보호국화’를 수립하고, 식민지 무단통치의 토대를 구축해나갔지만, 의병 역시 격렬하게 일어났던 시기였다. 따라서 본고에서는 이 시기 일제가 사법권을 장악하고 재판을 통해 의병을 탄압한 실체를 밝혀보고자 한다.

이를 위해 먼저, 일제의 사법제도 장악과정과 이후 의병에게 적용한 법리가 무엇인지 알아 볼 것이다. 판결 결과로만 따지면 유사한 행위에 대하여 내란 선고를 받기도 하고 강도 혹은 폭동죄를 선고 받는 경우도 있다. 과연

5) 심철기, 「1907년 의병전쟁 참여세력의 존재양상과 일제의 대응: 경기·강원·충청지역 재판기록을 중심으로」, 『한국민족운동사연구』 90, 2017.

6) 이계형, 「한국식민지화를 위한 제도개편」, 『통감부 설치와 한국 식민지화』, 한국독립운동사편찬위원회, 2009, 177쪽.

이 차이는 어디서 기인하는지 밝히고자 한다. 다음으로 재판소에서 의병 피검자들에 대한 사법처분의 원칙과 결과를 검토하도록 하겠다. 판결을 시기별, 형량별, 지역별로 정리하여 판결의 전체적인 양상과 특징을 파악할 것이다. 마지막으로 일제는 ‘처벌’ 대상인 의병을 어떻게 인식하고 있었으며, 사법제도를 활용하여 어떤 혐의로 ‘처분’하고자 했는지 그 의도를 파악하도록 하겠다.

본고에서 사용할 자료는 국가기록원에 소장 중인 『刑事判決原本』이다. 1906년부터 일제강점기 형사재판 판결문을 모아둔 『형사판결원본』에는 각 사건의 사실관계와 처벌 조항 및 양형 이유 등 다양한 정보가 담겨있다. 이 중 의병관련 판결문은 이미 기존 연구에서 『독립운동사자료집 별집1: 의병항쟁재판기록』(독립운동사편찬위원회, 1974), 『독립운동관련 판결문 자료집 의병운동 I』(국가기록원, 2011) 등을 통해 많이 알려져 있다. 하지만 의병연구의 보조자료로 이용되었을 뿐 본격적인 분석은 이루어지지 않고 있다. 이에 본 논문에서는 『형사판결 원본』을 적극 활용하여 의병에 대한 사법 처분을 분석하고자 한다.

## 2. 일제의 사법권 장악과 의병 판결 적용조건

### 1) 일제의 사법권 장악과정

1906년 5월 홍주성을 점령한 일본군은 이 과정에서 포로가 된 ‘폭도’의 법적 처리문제에 직면하였다. 한국주차군사령부는 열국의 비판을 초래할 염려는 있지만 장래를 위해 포로들을 한국정부에 인도하지 말고 군율로 ‘처분’해야 한다고 주장하였다.<sup>7)</sup> 통감부도 한국주차군사령부의 입장에 동의하여 ‘한국 스스로 폭도를 진압할 수 없으므로 질서유지 차원에서 군율로 처분하기로 결정하였다. 하지만 모든 사건을 군율로 처리 할 수는 없었다. 1906년 11

<sup>7)</sup> 1906년 6월 2일, 「洪州城 포로 처분에 대해 사전훈령 요청 件」, 『統監府文書』 3, 국사편찬위원회, 1999.

월 의병장 민중식이 체포되자 황실과 인척관계라는 이유로 1907년 1월 그 신병을 한국정부에 넘겨주었다. 그러면서도 理事를 재판에 입회시키는 등 재판에 관여하였다.<sup>8)</sup> 결국 1907년 7월 한국이 주관한 재판에서 민중식은 내란혐의로 사형 선고받고 곧 감형되어 종신유배에 처해졌다. 하지만 12월 특사로 사면된다. 이러한 과정에서 일제는 항일 저항 세력인 의병을 효율적으로 처벌하기 위해 사법권을 확보할 필요성을 절실히 느끼게 되었다.

그리고 1907년 7월 헤이그밀사 사건이 발생하자, 일제는 이를 빌미로 19일 고종을 강제퇴위 시켰다. 나아가 정미7조약을 체결하여 일본인 고위관료들이 대한제국의 주요 요직을 차지하고 외교권에 이어 한국의 내정 문제까지 통감부가 관여하게 되었다. 일제는 정미조약 법령제정 및 행정상 처분에 대한 사전 승인권, 사법과 행정의 구별, 고등관 임명에 대한 동의권, 일본인 한국관리에 대한 추천권 등을 명시했다. 그리고 부속 각서에 한일 양국인으로 구성된 대심원, 공소원, 지방재판소, 區裁判所의 설치 지역과 판사 검사 및 서기 등으로 채용될 일본인 수를 구체적으로 규정하였다.<sup>9)</sup> 이는 1907년 12월 23일 제정된 법률 8호 「재판소구성법」(1908년 1월 1일 시행)을 통해 구체화되었다.<sup>10)</sup> 재판소의 명칭은 일본을 따라 대심원, 공소원, 지방재판소, 구재판소 4종으로 했고 3심제를 선택했다.

특히 정미조약의 부속각서에서 주목할 만한 사항은 3심제를 도입한다는 명분으로 일본인 판검사의 법관 임용이 포함된 점이다. 감독권을 통해 간접적으로 재판권을 행사하던 단계에서 일본인 판검사를 직접 임명하여 재판권을 일제에 종속시키는 단계로 나아갔던 것이다. 그 결과 1908년 1월경에는 대심원장과 검사총장이 내정되고 이후 감독관 및 판검사들의 선발에 들어가 3, 4월에는 인선이 마무리 되었다. 이때 일본인은 대심원장 및 대심원 검사총장 이하 감독관 34명, 판사 74명, 검사 32명이 임명되었다. 반면 한국인은 판사 36인, 검사 9인에 불과했다. 명목상 한국재판소였지만 실질적으로는 일본

8) 1906년 12월 1일, 「義兵將 閔宗植 체포 件」, 『統監府文書』 3, 국사편찬위원회, 1999.

9) 문준영, 『법원과 경찰의 역사』, 역사비평사, 2010, 385쪽.

10) 국회도서관, 『한말근대법령자료집』 7, 160쪽.

이 재판소를 완전 장악하고 있는 상태였다.<sup>11)</sup>

1909년 7월 24일 기유각서를 체결하여 “한국 사법 및 감옥사무를 개선하고 한국 신민과 아울러 외국신민과 인민의 생명, 재산 보호를 확실하게 할 목적과 한국 재정의 기초를 공고히 하기 위해” 한국의 사법 및 감옥 사무를 일본에 ‘위탁’하게 된다.<sup>12)</sup> 이에 따라 사법권은 일본에게 위임되고, 일본은 사법 제도를 이용하여 한국의 식민지화를 본격화하였다.

한국 사법권이 일본정부에 위임됨에 따라, 일본정부는 ‘법적 정당성’을 확보하면서 1909년 10월 칙령을 공포하여 통감부 사법청을 설립하였다. 나아가 통감 관리 아래 한국의 사법 및 감옥에 관한 행정사무를 담당하게 함과 동시에 통감부재판소령 등 제법규에 기초해 통감부 사법기관을 설치하고, 1909년 11월 1일부터 한국의 사법 및 감옥사무를 개시하여 식민지 사법 체제를 제도적으로 완성해나갔다. 그 결과 1909년 11월 한국의 각종 사법제도 대신 ‘사법, 감옥사무에 관한 일본국 칙령’이 공포되면서 법부는 1909년 10월 31일부로 폐지되고 11월 1일 통감부 사법청과 통감부 재판소령이 시행되어 재판, 감옥을 비롯한 모든 사법관련 업무가 통감부에 속하게 되었다.<sup>13)</sup>

이 같은 조치는 의병 판결에 중요하게 작용하였다. 의병 판결을 분석해 보면 의병 판결에 관여한 재판관은 모두 35명인데 이중 한국인은 8명, 일본인은 27명이었다. 8명의 한국인 판사가 관여한 사건은 77건, 27명의 일본인 판사가 관여한 사건은 815건으로 대부분 일본인 판사가 재판관이 되어 사건을 담당하였다. 판결의 최종적 법리 적용과 판결은 판사의 몫이지만 검사가 그 사건을 어떻게 인식하고 기소하느냐에 따라 판사가 선택할 수 있는 범위가 제한되기도 한다. 따라서 최종적 판결에 검사가 끼치는 영향도 무시할 수 없다. 재판에 참여한 검사는 37명으로 한국인 13명, 일본인 24명이었다. 한국인 검사의 경우 총 156건, 일본인 검사는 732건에 관여하였다.<sup>14)</sup> 이처럼 많은 의병

11) 문준영, 『법원과 경찰의 역사』, 389~390쪽.

12) 『구한국관보』, 1909년 7월 24일.

13) 「사법, 감옥사무에 관한 일본국 칙령」, 『한말근대법령자료집』 9, 1쪽.

14) 담당판사 미상은 24건, 담당검사 미상은 27건이었다.

판결에서 일본인들이 직간접적인 영향력을 행사하고 있는 실정이었다.<sup>15)</sup>

일본인 판사에 의한 재판에 의병들은 반발하였다. 대표적으로 의병장 허위의 사례가 있다. 1908년 5월, 허위는 “일찍이 범하지 않은 금전과 양곡 약탈, 인명 살해” 혐의와 일본인 판사로 이루어진 법정 판결은 부당하다며 항소에 이어 상고하였다. 하지만 대심원은 원심판결서에 허위의 주장같이 금전과 양곡을 약탈하고 인명을 살해했다는 내용이 없는 내란 판결이었다는 점을 강조했다. 일본인 판사만으로 이루어진 부당한 재판이라는 주장에 대해서도 재판부의 구성에서 李冕宇라는 한국인 판사가 있었다는 점을 지적했다. 또한 일본인 판사만으로 재판하더라도 한국법에 의해 한국 판사직을 가진 사람이라면 국적에 상관없이 당연히 판사의 자격이 있음을 강조했다. 그러면서 “1907 12월 27일 발표한 법률 제8호 「재판소구성법」의 제2조, 제17조, 제26조에 의하여 定數 3인의 판사로 형사부를 조직하고, 또한 융희 원년 칙령 제72호에 의하여 설치된 재판소 번역관의 통역을 거쳐 심문한 후에 합의”하여 판결하였으므로 심리 절차에 위배된 점이 없는 적법한 판결이라는 점을 주목했다. 따라서 허위의 상고를 기각하고 교형을 선고하는 것은 타당하다고 판결했다.<sup>16)</sup> 이처럼 일제에 장악당한 재판소는 형식상 ‘법적 정당성’을 확보해가며 의병 판결을 실시하였다.

## 2) 의병 판결 적용조문의 내용

갑오개혁 이후 1905년까지 형사 관련 법규는 상당히 많이 만들어지거나 개정되었지만 근대적인 형법체계를 갖추지는 못하였다. 따라서 형사법규는 조선시대와 마찬가지로 여전히 『대명률』을 일반법으로 하고 『대전회통』 「刑典」과 상황에 따른 필요성으로 만들어진 법령들을 특별법으로 삼아 운용되

15) 의병 판결에 참여한 판검사를 한국인과 일본인으로 분류하였지만 각각의 사례가 모두 다르기 때문에 단순히 국적 문제만으로 의도를 가지고 판결에 영향력 끼쳤다고 단정할 수는 없다. 이는 각각 판사의 임용시기와 출신 학교, 지역 등 보다 심도 있는 관계를 고려한 분석이 필요할 것이다. 하지만 상당수의 의병 판결에 일본인 출신 판검사들이 관여했다는 것은 확인할 수는 있었다.

16) 「判決原本 隆熙 2년 刑控 第12號」, 『형사판결원본』, 경성공소원, 1908년 10월 3일.

는 수준의 「賊徒處斷例」에 의해 처리되었다. 홍주의병에 참가한 김복한의 경우 訴訟公編의 '말로는 訴를 올리기 위해 왔다고 하고는 관청에 쳐들어가 관리를 협박한 자에 관한 법률', '마땅히 하지 말아야 할 행위를 하여 事理가 무거운 자의 죄」에 해당한다며 처벌받았다.<sup>17)</sup>

이처럼 「형법대전」체제 이전 의병 활동에 대한 처벌은 「적도처단례」에 근거하여 처벌하였고 「형법대전」 제정을 준비하면서 기존법규 중 범죄에 대한 엄형주의로 개정작업이 이루어졌다.<sup>18)</sup> 1900년 1월 11일과 1901년 12월 12일 두 차례에 걸쳐 「賊盜處斷例」가 개정되고 이후 1905년 4월 29일에 재가를 받고 5월 29일 법률 제2호 「刑法大全」이라는 근대적 성격의 법률이 반포 시행되었다. 따라서 이후 형사법들은 「형법대전」에 근거해 처벌받았고 의병도 예외는 아니었다.

의병들에게 적용된 조문은 형법대전 제195조 내란죄, 제593조 강도죄, 제677조 폭동죄 등이다. 일제는 의병을 「형법대전」 제195조 내란죄에 근거하여 '처벌'하였다. 제195조의 내용은 “政府를 傾覆하거나 其他政事를 變更하기 爲하여 亂을 作한 者는 絞에 處함”이었다.<sup>19)</sup> 당시 내란죄의 구성요건은 “국가 조직에 관한 범죄로 國體 및 政體를 變換하거나 정부를 顛覆하거나 정권의 일부를 滅殺하거나 施政의 방침을 改革하거나 國憲으로 정한 국민의 위치를 변경하고자 하는 등의 목적으로 직접 국가의 질서를 해하는 행위”이다. 따라서 “국가의 재산권이나 경찰권을 위해를 與함은 국사범이라 未稱하니나 此實 주의할 바”라고 하여 비록 국가의 재물을 강탈하거나 경찰권을 상하게 하여도 정치적 목적이 없으면 국사범이 아닌 일반범죄로 정의하고 있다.<sup>20)</sup> 즉, 단순한 국가기관 공격이 아니라 행위에 있어 '정치상의 목적'이라는 의도가

17) 「판결선고서 제14호」, 『형사판결원본』, 고등재판소, 1896년 4월 7일.

18) 예컨대, 400냥-500냥 절도죄에 대해 태100 징역3년을 부과하던 것을 태100 징역중신으로, 1200냥 이상에 대해 태100 징역중신을 부과하던 것을 교수형으로 가중 처벌하였다. 그리고 절도하고도 재물을 얻지 못한 자는 태50에 그쳤던 것을 징역 10개월로 가중하였으며, 절도 재범자는 태100 징역중신형에 처하던 것을 모두 교수형에 처하는 것으로 바꾸었다(도면회, 「1894-1906년간 형사재판제도 연구」, 221쪽).

19) 『한말근대법령자료집』 4, 국회도서관, 1971, 205쪽.

20) 유성준, 『법학통론』, 조선교육회관, 1907, 137쪽.



있어야 했다. 따라서 국가기관을 공격해도 정치상 목적이 없다는 이유로 내란으로 처벌 받지 않는 경우도 있었다.

내란죄가 아닌 강도죄로 처리된 사례를 살펴보면, 서영백, 김태의 등은 의병장 박종환의 부하로 마전, 장단 일대에서 군자금 모집 활동을 하다 체포되었다. 원심에서는 이들을 내란죄로 기소했지만 항소심에서는 이들을 강도죄라고 판단했다. 그 이유는 “피고들은 무지문맹한 무리로서 본시 정치상의 의견을 가진다는 것과 같은 고상한 사상이 없고, 한갓 생활할 재산을 얻기 위하여 폭도의 무리에 들어가 이름을 의병이라 빌려 쓰고 백성의 재물을 약탈하려는 생각에서 나온 것으로 간주하는 것이 사실의 진상”이라고 판단했기 때문이다.<sup>21)</sup> 따라서 항소심 재판부는 이들의 행위를 내란죄가 아닌 강도죄에 해당한다고 선고했다.

내란죄 외에 많이 적용된 강도죄는 「형법대전」 제593조에 근거하고 있다. 제593조는 “재산을 겁취할 계획으로 左開所爲를 범한 자는 首從을 불분하고 絞에 처하되 已行하고 未得財한 자는 징역종신에 처함이라”고 규정하고 있다.<sup>22)</sup> 左開所爲에 해당하는 내용은 모두 9가지이다.

- ① 1인 혹은 2인 이상이 주야를 불분하고 으스스하고 외진 곳 혹은 큰길위나 인가에 돌입하여 몽둥이로 구타하거나 병기를 이용한 자.
- ② 인가에 잠입하여 칼을 휘둘러 상처를 입히고 협박한 자.
- ③ 도당을 嘯聚하여 병장을 가지고 閭巷 혹은 시정에 난입한 자.
- ④ 약으로 사람의 정신을 혼미케한 자.
- ⑤ 인가에 신주를 장익한 자.
- ⑥ 분봉을 발굴하거나 山殯을 열어 시구를 장익한 자.
- ⑦ 유아를 유인 혹은 겁취하여 장닉한 자.
- ⑧ 發塚하거나 破墳하겠다 성언하고 방을 붙이거나 투서하여 협박한 자.
- ⑨ 산빈을 毀破하고 衣衾을 剝取한 자.

이 중 의병들은 주로 ①, ②, ③이 적용되었다. 의병들은 군수품이나 군자

21) 「융희 2년 형상(刑上) 제35호」, 『형사판결원본』, 대심원 형사부, 1908년 11월 10일.

22) 『한말근대법령자료집』 4, 214~215쪽.

금 모집을 위해 민가나 국가기관 등을 공격하는 경우가 있었는데 무기를 휴대하고 이 같은 행위를 하면 무장을 하고 재물을 강취하였다는 이유로 법리상 강도죄 적용을 받은 것이다. 같은 강도죄라도 재물을 득실여부에 따라 양형기준이 달라졌다.

폭동죄는 「형법대전」 제677조에서 규정되었는데 “多衆이 聚合하여 暴動을 行한 者는 징역 15년이고 附和隨行에 止한 者는 笞100에 處함이라”는 내용이다. 1908년 7월 「형법대전」 2차 개정 때 신설된 조항으로, 「형법대전」의 2차 개정은 일제의 영향력이 강했으므로 이는 일제의 필요성에 의해 만들어진 것으로 보인다. 폭동죄의 경우 주로 의병에 단순 가담한 경우 처벌하는 조항으로 사용되었다. 실제 적용 사례에서도 대부분 “수괴의 행위를 방조하고 무장하고 각지를 횡행배회한 자”로 처벌 받는 경우가 대부분이었다.

「형법대전」에서 살인죄는 모의하여 사람을 죽이는 謀殺, 일부러 사람을 죽이는 故殺, 싸우다 사람을 죽이는 鬪毆殺인으로 이루어져있다. 제473조부터 481조까지 규정하고 있으며 대부분의 경우 사형에 처하도록 되어 있다. 모의의 의미는 “1인 혹은 2인 이상이 密計함을 謂함이라”이고,<sup>23)</sup> 故意의 의미는 “故라 칭함은 用意恣行함을 謂함이라”<sup>24)</sup>이었다. 모살죄는 「형법대전」 제473조 “사람을 謀殺한 자는 造意한 자와 下手나 조력한 자는 같이 絞에 처하되 수행만 하고 下手나 조력하지 않은 자는 1등을 감함이라”고 규정하고 있다. 의병들은 계획범죄인 모살죄로 처벌받는 경우가 많았다.

이처럼 의병을 처벌하는 규정은 「형법대전」에 근거하고 있었다. 일제는 「형법대전」이 전근대적이며 야만적이라고 평가하면서도 이를 근대적으로 개선하려고 하지 않고 전근대적인 면을 존치하거나 확대하려했다. 이는 일제가 한국을 효율적으로 지배하는데 「형법대전」을 용이하게 사용할 수 있다는 점에서 기인한다.

정리하면, 「형법대전」은 근대적 외형은 갖추고 있었지만 내용상 전근대적 요소가 많았다. 또한 법률의 구성요건이나 위법성 조각사유등에 대한 구체적

23) 「형법대전」 제47조, 『한말근대법령자료집』 4, 120쪽.

24) 「형법대전」 제47조, 『한말근대법령자료집』 4, 121쪽.

인 실체가 없이 법 규정을 그대로 적용하는 체제였다. 그래서 일제는 「형법대전」을 적극 활용하여 자신들의 의도대로 실행하고자 했고 이는 의병판결에서도 그대로 나타나고 있다.

### 3. 일제의 의병 판결과 특징

본고는 1906년부터 한국이 일제의 식민지로 전락하는 1910년 8월 이전 판결문 중 기존 연구를 토대로 의병이라고 확정할 수 있는 사안을 분석대상으로 하고 있다. 판결문의 내용만으로 의병과 강도 등을 명확하게 구분하는 것은 어려움이 있다. 이에 의병판결을 분류한 방법은 다음과 같다. 먼저 판결문을 문서번호, 판결일자, 피고성명, 직업, 주소, 관할재판소, 담당판사, 담당 검사, 적용 혐의 및 조문, 공범 여부, 특이 사항 등을 분석하였다. 이후 기존 연구의 의병 참여자 명단을 확인하고 판결문에 나타난 공모자, 지휘관 등을 비교하여 의병으로 확정 가능한 사건을 선택하였다. 기존 의병관련 재판 자료 집에 수록되어도 의병이라 확신할 수 없는 경우 분석 대상에서 제외하였다. 이하의 분석은 이렇게 선별된 1,102건의 의병판결을 바탕으로 하였다.<sup>25)</sup> 하지만 이 판결문들은 원심, 항소심, 상고심이 혼재되어 동일인물에 대해 중복되는 경우가 있다.<sup>26)</sup> 중복을 제외한 결과 분석대상 판결문은 915건이었다.

25) 의병으로 활동하다 체포되어 사법처리를 받은 경우는 물론 1,102건을 훨씬 넘을 것이다. 따라서 1,102건의 판결을 통한 분석이 의병에 대한 모든 사법 처분을 반영하지는 못한다. 하지만 위와 같은 방법으로 현재 의병으로 확정할 수 있는 판결문 건수는 1,102건이었고 이를 분석하면 유의미한 경향성을 파악 할 수 있을 것으로 보인다. 이중 845건은 『독립운동사자료집 별집1: 의병항쟁재판기록』(독립운동사편찬위원회, 1978)과 겹치고 257건은 『형사판결원본』에서 선별하였다. 분석 대상 판결문이 더 발생하면 추후 연구에 반영하도록 하겠다.

26) 예를 들면 사안에 따라 상고심에서 파기 환송 후 항소심에서 다시 심의를 하게 되면 1개의 사건에 4개의 판결문이 발생하기도 한다. 중복되는 사건은 확정 판결을 분석 대상으로 하였다. 따라서 915건의 판결문은 915명의 판결 결과이다.

1) 시기별·지역별 특징

판결의 시기별 분류는 판결일자를 기준으로 하였다. 판결일자는 사건일자를 반영하지 못하지만 판결을 내릴 당시의 의병에 대한 인식을 파악할 수 있다. 의병 판결결과를 시기별로 정리하면 <표 1>과 같다.

<표 1> 시기별 의병 죄명 추이

연월	내란	강도	폭동	살인	기타	계
1906	01	10	-	-	-	10
	05	1	-	-	-	1
	08	2	-	-	-	2
	09	4	-	-	-	4
	11	6	-	-	-	6
	소계	23	0	0	0	0
1907	05	3	-	-	-	3
	07	7	-	-	-	7
	09	2	-	-	-	2
	10	3	-	-	-	3
	11	11	-	-	-	11
	12	1	-	-	-	1
	소계	27	0	0	0	0
1908	01	2	-	-	-	2
	02	-	-	-	-	0
	03	11	-	-	-	11
	04	2	-	-	-	2
	05	3	-	-	-	3
	06	12	-	-	-	12
	07	16	2	-	2	20
	08	12	5	-	-	17
	09	29	11	2	1	43
	10	28	22	14	-	64
	11	21	15	6	-	42
	12	5	9	1	-	15
	소계	141	64	23	3	0

1909	01	5	9	3	-	-	17
	02	5	8	7	1	-	21
	03	-	15	6	1	1	23
	04	4	14	2	-	-	20
	05	1	14	4	4	2	25
	06	2	32	7	2	-	43
	07	4	33	17	3	-	57
	08	2	19	2	2	-	25
	09	5	24	17	4	-	50
	10	2	24	42	1	1	70
	11	1	29	19	-	-	49
	12	1	30	14	4	1	50
	소계	32	251	140	22	5	450(49.18%)
1910	01	2	20	10	1	-	33
	02	6	13	4	2	-	25
	03	4	17	8	5	3	37
	04	5	18	7	1	-	31
	05	1	10	3	4	-	18
	06	3	9	8	7	-	27
	07	1	8	3	1	-	13
	소계	22	95	43	21	3	184(20.11%)
계	245(26.78)	410(44.81)	206(22.51)	46(5.03)	8(0.87)	915	

〈표 1〉을 토대로 의병판결을 살펴보면 1906년 23건(2.51%), 1907년 27건(2.95%), 1908년 231건(25.25%), 1909년 450건(49.18%), 1910년 184건(20.11%)이다. 1909년 실시된 재판이 전체의 절반에 가까웠고 1908년과 1910년이 뒤를 이었다. 1906년과 1907년은 큰 비중을 차지하지 못하고 있다. 즉, 1908년과 1909년에 판결의 약 74%가 집중되어 있었다.

구체적으로 살펴보면 1906년 23건, 1907년 27건은 모두 내란죄의 적용을 받았다. 1908년의 경우 231건 중 내란은 141건(61.03%), 강도 64건(27.71%), 폭동 23건(9.95%), 살인 3건으로 내란이 가장 많은 비중을 차지하였고 전년도에 내란죄만 있었던 것에 비해 강도 등 일반범죄로 판결하는 사례가 1908년 7월부터 나타나기 시작한다. 1909년은 450건의 판결이 있었는데 이 중 내란 32건(7.11%), 강도 251건(55.78%), 폭동 140건(31.11%), 살인 22건(4.88%) 기타 5건으로 전년도 대비 내란은 급격히 감소한 반면 강도나 폭동 등은 현

저히 증가하였다. 기타 사건은 방화 2건, 도주 1건, 범죄자 은닉 1건, 불응위 1건이었다. 1910년은 218건의 판결이 있었는데 내란 22건(10.09%), 강도 95건(43.58%), 폭동 43건(19.72%), 살인 21건(9.63%), 기타 3건이었다. 기타는 도주 2건, 총포화약류 위반 1건이었다. 전체적 판결수가 전년에 비해 거의 1/4로 감소하였다. 이는 1909년 9월부터 10월까지 ‘남한대토벌작전’을 통해 의병항쟁이 감소한 점이 영향을 끼친 것으로 추정된다.

시기별 판결의 특징을 살펴보면, 1908년 6월 이전은 모두 내란죄만 나타나다가 1908년 7월부터 강도 및 살인 혐의가 적용되기 시작한다. 1908년 9월부터 내란과 강도 등 다른 혐의의 수가 비슷해지고 12월을 기점으로 내란에 비해 일반범죄가 증가하는 역전현상이 벌어져 1910년까지 계속된다. 즉, 초기에는 의병들이 내란죄로 처벌 받았지만 시간이 흐를수록 내란에서 일반범죄로 판결 받는 경우가 증가하는 것을 확인할 수 있었다.<sup>27)</sup>

다음으로 의병 피검자의 거주지별·시기별 분포를 살펴보도록 하겠다. 의병 피검자의 거주지와 판결 시기를 정리하면 <표 2>와 같다. 지역 중 한성이나 경성으로 표기된 부분은 모두 서울로 처리하였다. 거주지별 분포에서 특이한 점은 황해, 함경, 평안도에 주소를 둔 경우가 희박하다는 점이다. 이는

27) 1907년 봉기한 의병부대는 규모가 크기 때문에 내란죄로 처벌받고, 소규모 유격전을 전개한 부대이거나 1908년 이후 새롭게 결성된 의병부대는 강도, 폭동 등의 죄명으로 판결 받았을 수 있다. 하지만 판결문을 분석해본 결과 18명 규모의 의병활동이 내란으로 처리된 반면 170여 명 규모의 부대에 속했음에도 강도로 처리된 사례도 있다. 이종근은 경기 통진 지역에서 동당 18명과 함께 활동하여 내란죄로 유형 5년을 선고 받았다(「유형 2년 형 제290호」, 『형사판결원본』, 1908년 10월 31일, 경성지방법판소). 하지만 같은 경기 통진에서 활동한 김경운은 170여 명의 도당과 활동했음에도 강도죄로 사형을 선고 받았다(「판결 호」, 『형사판결원본』, 1908년 11월 10일, 1908년 11월 16일, 경성공소원). 또한 약 60여 명으로 규모가 비슷했음에도 한건은 내란, 다른 한건은 강도로 판결이 다르게 나오는 경우도 있었다. 임허옥은 동류 60여 명과 활동한 결과 「형법대전」 제195조 내란죄로 판결받았다(「판결 호」, 『형사판결원본』, 1908년 7월 21일, 경기재판소). 반면 강대여는 도당 60여 명과 함께 활동 하였지만 「형법대전」 제593조 강도죄가 적용되었다(「유형 2년 형상 제35호」, 『형사판결원본』 1908년 11월 10일, 대심원). 이처럼 부대의 양적인 규모로 내란과 강도로 구분하면 다양한 경우가 나온다. 18명임에도 내란이고 170여 명이었음에도 강도라면 부대의 양적 규모 외에도 활동의 형태나 적극성 등 질적 성격 파악하면 보다 더 심도 있는 분석이 가능 할 것이다. 본고에서는 전체적인 경향성을 중심으로 파악하고 추후 연구에서 다양한 사례를 보다 면밀하게 검토하고자 한다.

『형사판결원본』의 자료상 문제로 보인다. 『형사판결원본』에는 현재까지 확인한 바에 의하면 이 시기 평양지방재판소, 함흥지방재판소, 평양공소원 등 현재 북한지역에 위치했던 재판소의 판결문이 거의 없다. 이는 가능하다면 추후 보완할 부분이라고 판단된다.

〈표 2〉 의병 피검자의 지역별, 시기별 판결 분포

연월	내란	강도	폭동	살인	기타	계	
서울	1906	-	-	-	-	0	
	1907	10	-	-	-	10	
	1908	21	-	-	-	21	
	1909	5	13	-	3	21	
	1910	-	1	-	1	2	
	소계	36	14	0	4	0	54(5,9%)
경기	1906	-	-	-	-	0	
	1907	1	-	-	-	1	
	1908	68	22	-	3	93	
	1909	10	33	-	2	46	
	1910	1	32	-	2	36	
	소계	80	87	0	7	2	176(19,23%)
강원	1906	2	-	-	-	2	
	1907	1	-	-	-	1	
	1908	21	1	1	-	23	
	1909	2	4	-	1	7	
	1910	4	5	4	3	16	
	소계	30	10	5	4	0	49(5,36%)
충청	1906	6	-	-	-	6	
	1907	9	-	-	-	9	
	1908	5	5	4	-	14	
	1909	3	22	-	5	31	
	1910	3	4	1	-	8	
	소계	26	31	5	5	1	68(7,43%)
전라	1906	2	-	-	-	2	
	1907	1	-	-	-	1	
	1908	7	3	-	-	10	
	1909	10	140	116	8	2	276
	1910	11	50	37	14	2	114
	소계	31	193	153	22	4	403 (44,04%)

경상	1906	3	-	-	-	-	3
	1907	5	-	-	-	-	5
	1908	15	33	18	-	1	67
	1909	-	33	20	-	-	53
	1910	3	3	1	1	-	8
	소계	26	69	39	1	1	136(14.86%)
황해	1908	3	1	-	-	-	4
	1909	-	-	-	-	-	0
	소계	3	1	0	0	0	4(0.44%)
함경	1909	2	5	4	3	-	14
	소계	2	5	4	3	0	14(1.53%)
평안	1908	1	-	-	-	-	1
	소계	1	0	0	0	0	1(0.11%)
미상	1906	10	-	-	-	-	10
	소계	10	0	0	0	0	10(1.09%)
계		245(26.78)	410(44.81)	206(22.51)	46(5.03)	8(0.87)	915

지역별로 보면, 전라도가 403건(44.04%)으로 가장 많았고 경기도가 176건(19.23%), 경상도가 136건(14.86%)으로 뒤를 이어 전라도와 경기도, 경상도에 서 많은 수의 의병들이 재판을 받은 것을 확인할 수 있다. 전라도 지역 의병의 중요성은 일찍부터 언급되었다. 박은식은 『韓國獨立運動之血史』에서 “대체로 각도의 의병을 말한다면 전라도가 가장 많았는데 아직까지 그 상세한 사실을 알 수 없어 후일을 기다려야한다”<sup>28)</sup>고 할 정도로 의병 항쟁의 중심지였기 때문에 의병들이 대거 재판에 회부된 것으로 생각된다. 경기 지역의 경우 13도 창의군의 활동 지역이었기 때문에 그 수가 많았던 것으로 보인다. 홍주의병이 활약한 충청도는 68건(7.43%), 한성은 54건(5.9%)으로 타 지역에 비해 적은 편이었다. 자료상 주소가 분명하게 기록되지 않아 지역을 알 수 없는 경우는 10건이었다.

한성은 54건으로 전체의 5.9%를 차지하고 있다. 54건 중 내란은 36건(66.66%), 강도는 14건(25.93%), 살인이 4건(7.41%)으로 내란이 큰 비중을 차지하고 있다. 시기적으로는 1907년 10건(18.51%), 1908년과 1909년이 각각

28) 박은식, 『한국독립운동지혈사』(『박은식전집』 상), 1975, 472쪽.



21건(38.89%), 1910년 2건(3.7%)으로 1908년과 1909년에 판결이 집중되었다. 1907년은 모두 내란이었고 1908년은 내란 21건, 강도 1건으로 내란이 압도적이었다. 하지만 1909년 내란은 5건인 반면 강도 13건, 살인 3건으로 강도의 비중이 많은 부분을 차지하는 등 후반기로 갈수록 내란은 줄고 강도는 늘어나고 있다. 경기도는 176건의 판결 중 내란 80건(45.45%), 강도 87건(49.43%), 살인 7건(3.98%), 기타 2건으로 내란과 강도의 비율이 비슷했다. 시기적으로는 1907년 1건, 1908년 93건(52.84%), 1909년 46건(26.14%), 1910년 39건(22.16%)으로 대부분의 판결이 1908년에 집중되었다. 1908년 93건 중 내란이 68건, 강도 22건, 살인 3건으로 내란이 가장 큰 비중을 차지한다. 하지만 1909년 내란 10건, 강도 33건, 1910년 내란 1건, 강도 32건으로 내란이 줄어들고 있다. 강원도는 49건(5.36%)의 판결이 이루어졌다. 내란 30건(61.22%), 강도 10건(20.41%), 폭동 5건(10.2%), 살인 4건(8.16%)으로 내란의 비율이 높은 편이었다. 시기적으로 1908년 내란이 21건, 강도 4건으로 내란이 압도적이었지만 1909년은 내란 2건, 강도 4건, 1910년 내란 4건, 강도 5건으로 내란과 강도의 비율이 비슷했다. 시기별로 차이가 나타나긴 하지만 한성과 경기 강원 지역은 내란 비율이 45~66%로 다른 지역에 비해 상대적으로 높은 편이다.

반면, 하삼도는 위의 경우와 반대였다. 충청도는 전체 68건(7.43%) 중 내란 26건(38.23%), 강도 31건(45.58%) 폭동 5건, 살인 5건, 기타 1건이었다. 시기적으로는 1909년 31건(45.58%)으로 가장 많은 판결이 이루어졌다. 세부적으로 내란 3건, 강도 22건이었다. 1910년은 내란 3건에 강도 2건으로 서울, 경기 강원과 비교하여 내란의 비율이 낮은 편이었다. 경상도는 136건 중 내란은 26건(19.11%), 강도 69건(50.74%)으로 강도가 2배 이상 많았다. 시기별로는 1908년 67건(49.26%)으로 절반 가까운 수치를 보여준다. 가장 흥미로운 지역은 전라도이다. 전라도는 403건의 사건으로 전체 판결의 44.04%를 차지한다. 403건 중 내란은 31건(7.7%), 강도 193건(47.89%), 폭동 153건(37.97%)으로 내란에 비해 기타 혐의로 판결받는 경우가 현저하게 많았다. 가장 주목

할 부분은 폭동이 154건으로 타지역에 비해 그 수가 압도적으로 많다는 점이다. 전체적으로 폭동이 206건이었는데 전라도가 74.76%로 상당 부분을 차지하고 있다. 특히 1909년 276건의 판결이 발생해 전라도 지역의 판결은 이 시기 집중되었다. 호남의병은 1908~9년까지 전국에서 가장 활발하게 투쟁을 이어갔고 특히 1909년에는 이른바 ‘남한대토벌작전’이 벌어지면서 가장 많은 처벌을 받은 것으로 보인다.<sup>29)</sup>

이 같은 양상은 일본의 각 지역별 의병에 대한 인식과도 연관이 있다. 일본이 파악한 경기도 의병 봉기 원인 중 하나는 시국을 모르는 부류들이 배일적인 감정의 발분을 참지 못하고 일종의 정치상 의미를 갖고 일어난 것으로 파악하고 있다.<sup>30)</sup> 이 같은 인식이 판결에서도 일정부분 영향을 끼쳤고, 그 결과 서울에서 가까울수록 내란죄 비율이 증가하는 양상이 나타나는 것으로 추정된다.

## 2) 형량별 · 심급별 특징

일제는 의병을 검거하고 재판을 통해 형을 부과하였다. <표 3>은 판결 받은 의병들의 시기별 죄명과 형량을 나타낸 것이다.

<sup>29)</sup> 일제는 의병을 ‘진압’하면서 그 성립 및 근거지 등에 관한 상황을 파악하였다. 그 내용은 의병이라 칭하는 자와 화적은 행동이 서로 비슷한 점이 있지만, 다른 점이 있는데 의병은 대개 ‘憂國慨世’를 표방하는 양반 유생으로서 오로지 ‘排日’을 목적으로 하여 봉기한 무리의 黨與인 반면 화적은 무리한 무리 십 수 명 내지 수백 명이 무기를 휴대하고 각지를 횡행하며 ‘官民을 협박하여 재화를 약탈하는 ‘일종의 강도’로 보고 있다. 따라서 의병의 근거지는 종래 지방 양반의 소굴이라 칭하는 충청남도에 있고, 화적의 근거지는 강원도 남부 및 경상북도와 충청북도 산악에 있다고 생각하였다. 즉 지역적으로 충청도 유생들은 의병을 지향하고, 경상도는 의병이 아닌 화적에 가깝다는 인식하에 판결을 한 것으로 보인다. (『수(受) 제21269호』, 『한국각지폭동잡건』, 1906년 12월 11일, 독립기념관 관리번호 3-009640-018, 의병자료).

<sup>30)</sup> 독립운동사편찬위원회, 『독립운동사자료집』 3(『暴徒史編輯資料』), 1971, 501쪽.

〈표 3〉 의병에게 선고된 죄명과 형량

죄명	사형	징역(유형)							태형 (100)	무죄	미정	계
		중신	15년	10년	7년	5년	3년	1년 이하				
내 란	1906	-	2(유)	1(유)	18(유)	2(유)	-	-	-	-	-	23
	1907	1	7(유)	-	9(유)	5(유)	4(유)	-	-	1	-	27
	1908	3	9(유)	16(유)	34(유)	22(유)	35(유)	15(유)	2(유)	-	5	141
	1909	7	-	1(유)	4(유)	-	11(유)	7(유)	1(유)	-	1	32
	1910	16	-	1(유)	3(유)	-	1(유)	-	-	-	1	22
	소계	27	18(유)	19(유)	68(유)	29(유)	51(유)	22(유)	3(유)	0	7	1
강 도	1906	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0
	1907	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0
	1908	14	5	25	6	4	6	-	2	-	2	64
	1909	32	8	34	57	50	50	15	3	-	2	251
	1910	11	2	7	11	18	19	26	-	-	1	95
	소계	57	15	66	74	72	75	41	5	0	5	0
폭 동	1906	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0
	1907	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0
	1908	-	-	-	3	2	5	12	1	-	-	23
	1909	1	-	-	3	13	11	65	26	21	-	140
	1910	-	-	-	-	3	8	18	13	1	-	43
	소계	1	0	0	6	18	24	95	40	22	0	0
살 인	1906	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0
	1907	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0
	1908	-	3	-	-	-	-	-	-	-	-	3
	1909	14	3	2	-	3	-	-	-	-	-	22
	1910	15	-	1	-	-	1	3	-	-	1	21
	소계	29	6	3	0	3	1	3	0	0	0	1
기 타	1906	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0
	1907	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0
	1908	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0
	1909	1	-	-	1	-	1	1	-	1	-	5
	1910	2	-	-	-	-	-	-	1	-	-	3
	소계	3	0	0	1	0	1	1	1	1	0	0
계	117 (12,78)	39 (4,26)	88 (9,62)	149 (16,28)	122 (13,33)	152 (16,61)	162 (17,7)	49 (5,36)	23 (2,51)	12 (1,31)	2 (0,2)	915

〈표 3〉에서 확인할 수 있듯 의병들은 주로 내란이나 강도 혐의로 재판을 받고 형을 선고 받았다. 915건 중 강도가 410건으로 44.81% 차지했고 내란이 245건(26.78%)으로 뒤를 이었다. 폭동은 206건(22.51%)으로 내란과 큰 차이가 없었다. 살인 46건(5.03%), 기타 8건(0.87)이었다. 즉, 의병참가자들에게

적용된 여러 혐의 중 강도, 내란, 폭동이 94%를 상회하여 대부분 이 3가지 혐의로 처벌 받았음을 확인할 수 있다.

내란은 245건 중 사형 27건(11.02%)이고 유형 10년이 68건(27.75%)으로 가장 많은 수를 차지했지만 전반적으로는 사형과 10년 이상 132건(53.88%)이 10년 미만 112건(45.72%) 보다 조금 더 많은 수를 차지했다. 원칙상 내란혐의는 「형법대전」 제195조에 의해 사형에 처해져야 했지만 각종 감형조항으로 인해 사형 보다는 유배형에 처해지는 경우가 더 많았다. 특히 1908년 이전은 사형(4건)에 비해 유배형(181건)이 압도적으로 많았다. 하지만 1909년 이후가 되면 사형(23건)과 유배형(29건)이 비슷한 비율을 보여준다.

강도는 총 410건이 발생했다. 이 중 사형은 57건(13.9%)이었으며 징역 5년이 75건(18.29%)으로 가장 많은 수를 차지했다. 전체 판결 중 사형과 10년 이상 212건(51.71%), 10년 이하 198건(48.29%)으로 10년 이하의 형을 받는 경우가 더 많았다. 강도죄에 의하면 재물을 득하면 사형 미득이면 종신형의 중형을 받아야했지만 내란과 마찬가지로 감형조항에 의해 감형 받는 사례가 많았다. 시기적으로 1909년에 사건이 집중되었다.

강도죄에서는 같은 행동을 해도 재물의 득실여부에 따라 형량이 결정되었다. 의병 고명신, 고익규의 경우를 보면, 고명신은 의병장 유기운의 부하로 그의 도당 300여 명과 무장을 하고 북청군 각 촌락에 침입하여 횡행하였으나 재물을 겁탈하지 못했다. 이후 동일한 목적으로 이원군에서 각 촌락에 침입하였지만 역시 재물을 겁탈하지 못했다. 반면 함께 활동한 고익규는 각 촌락에서 약 600냥의 금액을 '강탈'하였다. 둘은 같이 체포되어 재판을 받았지만 고명신은 미득재에 해당하여 감형 후 징역 5년에 처해졌고, 고익규는 득재에 해당하여 교수형에 처해졌다. 함께 행동한 경우에도 재물의 득실 여부에 따라 형량의 차이가 나타났음을 확인할 수 있었다.<sup>31)</sup>

31) 「융희 3년 刑上 제호」, 『형사판결원본』, 경성공소원, 1909년 2월 23일.

폭동은 206건의 판결 중 1건의 사형 판결이 있었는데 이는 방화와 폭동이 병행되면서 형량이 가중된 결과였다. 단순 가담으로 태형을 선고받은 경우는 22건에 불과했고 나머지는 모두 징역형을 선고 받았다. 살인은 46건 중 29건의 사형 판결이 이루어져 64.04%로 사형의 비율이 가장 높았다.

처벌에 따른 형량은 다양했다. 가장 강한 처벌인 사형은 117건(12.78%)으로 상당한 비중을 차지했다. 사형에 처해지지 않을 경우 징역형이나 유배형을 선고 받았다. 유배형은 「형법대전」 제107조 “流刑은 反亂에 死罪를 除한 外와 官員의 公罪로 禁獄에 過한 罪를 犯한 者에게 施用함이라”<sup>32)</sup>에 의해 내란범이나 公罪에만 적용되었다. 내란범을 제외한 범죄에 대해서는 제108조 “役刑은 反亂이나 官員의 公罪를 除한 外에 禁獄에 過한 罪를 犯한 者에게 施用함이라”<sup>33)</sup>는 규정에 의해 징역형이 선고되었다. 태형은 23건으로 2.51%를 차지했다. 반면 무죄는 12건으로 1.31%에 그쳤다. 무죄는 증거불충분을 이유로 선고되는 경우가 대부분이었다.

이상의 결과는 「형법대전」에 있는 감경조항에 해당하면 형을 감경해주기 때문이었다. 특히 가장 많이 적용된 조항은 제135조였다. 135조는 “從犯은 首犯의 律에 一等을 減함이라”<sup>34)</sup>는 내용이다. 이에 따라 대부분 사형대상자는 사형에서 1등을 감한 종신형, 종신형 대상자는 15년형을 선고받게 되었다. 137조로 인해 감형받는 경우도 많았다. 제137조는 미수행위에 대한 감경조항이었는데 “死刑의 罪에는 一等을 減함이라, 流刑과 役刑의 罪에는 二等을 減함이라, 禁獄의 罪에는 三等을 減함이라, 笞刑의 罪에는 四等を 減함이라”<sup>35)</sup>는 규정에 의해 적게는 1등에서 많게는 4등까지 감형을 받을 수 있었다. 또한 제125조 “罪人을 처단할 시에 其情狀을 酌量하여 可히 輕할 者는 一等或二等을 減함이라 但 本犯이 終身以上律에 該當한 案件은 法部에 質稟하여 指

32) 「형법대전」 제107조, 『한말근대법령자료집』 4, 144쪽.

33) 「형법대전」 제108조, 『한말근대법령자료집』 4, 144쪽.

34) 「형법대전」 제135조, 『한말근대법령자료집』 4, 147쪽.

35) 「형법대전」 제137조, 『한말근대법령자료집』 4, 147쪽.

수를 待하여 處辦함이라”<sup>36)</sup>는 규정에 의해 또 감형을 받았다. 무장하고 단순 가담을 하거나 협박에 의해 의병에 합류한 경우 적게는 135조에 의한 1등 감형에서 많게는 위의 모든 감경 사유가 적용되어 6등까지 감형 받는 경우도 있었고, 그 결과 강도와 내란 모든 경우 10년 미만의 비율이 다른 경우에 비해 높았다.

요컨대, 의병참여자들을 가장 많이 처벌한 조항은 내란이 아닌 강도죄이고 내란, 폭동, 살인이 그 뒤를 이었다. 이 혐의들은 법조문에 의하면 원칙상 사형이나 징역 종신 이상의 중형을 받아야 했다. 그 결과 사형이나 종신형을 선고 받는 경우는 합쳐서 약 17%를 상회하는 정도만 이에 해당했고, 나머지 83%는 징역 혹은 유형 15년 이하의 형벌을 받았다. 일제는 의병들에게 내란이 아닌 일반범죄를 형을 부과하면서 형량이 가장 강한 강도죄를 주로 적용함으로써 내란이상의 처벌 효과를 누렸다. 이는 실질적으로 의병을 가혹하게 처벌한 것이지만 죄명이 갖는 의미를 통해 의병항쟁을 평가 절하하려는 의도가 있다고 할 수 있다.

다음으로는 심급별 양상을 살펴보도록 하겠다. 이 시기 재판은 삼심제로 운영되었다. 1심과 2심은 사실심, 즉 사실의 존부와 법률의 두 가지 측면을 다 고려한 판결이 원칙이고, 3심은 법률심, 즉 법률적인 측면만 고려한 판결이다. 상고심에서 항소심의 판결이 법률적으로 문제가 있을 경우 파기 환송하여 다시 항소심에서 판결하도록 조치했다. 따라서 심급이 올라 갈수록 더욱 정교하게 법리를 검토하고 적용하기 때문에 심급별 판결 양상을 분석하면 의병 판결의 의도를 더 정밀하게 파악 할 수 있을 것이다.

의병 판결의 심급별 실태는 <표 4>와 같다. 의병 판결문은 각각의 낱장으로 되어 있는 경우가 많아서 원심-항소심-상고심으로 이어지는 경우를 발견 하는 것은 쉽지 않다. 915명의 판결 대상 중 원심부터 상고심으로 이어지는 판결은 33건이었다. 원심판결문과 항소심 판결문만 남은 사례는 41건이었다.

36) 「형법대전」 제125조, 『한말근대법령자료집』 4, 145쪽.

〈표 4〉 심급별 판결 실태<sup>37)</sup>

죄명	사형	징역(유형)							무죄	계	형량 증가	형량 감소	혐의 변화	비고
		중신	15년	10년	7년	5년	3년 이하	1년 이하						
항소심	내란	2			1	2				5		1		
	강도	7		8	3	4	2			2	2	8	3	혐의 변화 후 형량 감소 1건
	살인	2		1						3		1		
	폭동						1	6	1	8		1		
	계	26	0	9	4	6	3	6	1	2	88	1	11	3
상고심	내란	4								4			1	
	강도	16	1	3	2					22	4	2	2	혐의 변화 후 형량 증가 1건
	살인	5								5				
	방화	1								1			1	
	계	26	1	3	2	0	0	0	0	0	32	4	2	4
계	37	1	12	6	6	3	6	1	2	74	6	13	7	

원심에서 상고심까지 모두 이어진 사건은 32건, 원심에서 항소심까지 42건 등 총 74건의 사건이 항소법원 이상의 판결을 거쳤다. 이중 사형이 37건으로 50%를 차지하고 있다. 〈표 3〉의 전체적 형량에서 사형의 비율 12.78%와 비교해보면 상급법원에서 다룬 사건일수록 형량이 높은 중대한 사건이었음을 추정할 수 있다. 상급법원 판결을 통해 형량이 증가한 사건은 6건 형량이 감소한 사건은 13건이었다. 하급법원 판결 내용 중 적용 혐의를 변화 시킨 경우는 총 7건이었다.

항소심까지 올라간 사건은 모두 42건으로 내란 5건(11.9%), 강도 26건(61.9%), 살인 3건(7.14%), 폭동 8건(19.05%)이었다. 이 중 사형이 11건으로

<sup>37)</sup> 이 당시 판결문은 낱장으로 되어 있는 경우가 대부분인데 원심-항소심-상고심까지의 판결문이 모두 있는 경우가 있다. 상고심 판결문은 없지만 원심-항소심까지의 판결문이 있는 경우도 있다. 〈표 4〉에서 상고심은 원심-항소-상고의 판결문이 모두 있어 판결의 변화 과정을 알 수 있는 경우이다(파기환송사건도 포함). 항소심은 원심-항소심까지의 판결이 남아있는 사례이다. 물론 항소 이후 상고했을 가능성도 있지만 현재 남아 있는 판결문을 기준으로 항소, 상고를 분류하여 정리하였다. 그 결과 원심에서 상고까지 간 사례는 33건, 항소까지 간 사례는 41건이었다.

26.19%를 차지했다. 항소심 사건 중 형량 증가는 1건에 불과 했고 형량이 감소한 경우는 11건에 이르렀다. 형량 감소의 사유는 대부분 정상참작이었다. 감형 중 2건은 사형에서 무죄로 되는 사건이었는데 이 2건 모두 원심에서는 사형이었지만 항소심 재판부에서 증거불충분을 이유로 무죄를 선고했다. 혐의가 변화한 경우는 내란에서 강도, 폭동에서 강도, 모살에서 강도로 변화하는 3건이었다.

상고심에 올라간 판결은 모두 32건으로 내란 4건(12.5%), 강도 22건(68.75%), 살인 5건(12.63%), 방화 1건(3.12%)이었다. 이중 내란죄는 4건 모두 사형 처분을 받았고 강도는 16건은 사형 처분 나머지는 모두 징역 10년 이상이었다. 살인은 5명 모두 사형이었고 방화 1건도 사형으로 사형을 당하는 경우가 81%를 넘었고 가장 적은 형량이 징역 10년이었다. 상고심까지 올라간 판결 중 형량이 증가한 사례는 모두 4건이다. 이 중 상고심 재판부가 형량을 증가시킨 판결은 1건이고 나머지 3건은 항소심 재판부에서 형량을 증가 시켰다. 형량이 증가된 혐의는 모두 강도로 징역 15년에서 사형이 1건, 징역 종신에서 사형이 1건, 징역 10년에서 15년이 2건, 3년에서 10년이 1건이었다. 혐의가 변화된 경우는 모두 4건이었는데 이를 판단한 재판소는 항소심 2건, 상고심 2건이었다. 폭동은 상고한 사례가 없는데, 형량이 징역 10년에서 태형 100대로 다른 혐의에 비해 상대적으로 낮기 때문에 상고비율도 함께 낮은 것으로 보인다.

전체적으로 상급법원으로 올라 갈수록 형량이 크게 증가하는 모습이 나타난다. 이 같은 양상이 나타난다는 것은 원심이나 항소심에서 사형이나 종신형 등 重刑을 받은 경우 이에 불복해 상고하는 경우가 많기 때문으로 보인다. 또한 혐의 변화와 형량 변화 결정은 대부분 항소심 재판소에서 담당해 항소심이 중요한 역할을 하고 있었다. 하지만 본질적으로는 심급제를 도입 운영하면서도 상급법원에서는 강한 형량을 부과했다는 점에서 법원의 역할이 단순한 법률적 문제 해결이 아닌 일제의 의도가 있었을 것으로 추정할 수 있다.



#### 4. ‘常事犯’<sup>38)</sup> 처분과 그 의도

앞에서 살펴본 의병판결의 시기별 특징을 검토해보면, 내란죄의 비중은 점점 줄어들고 상대적으로 강도와 폭동의 비중은 점차 증가하는 양상이 나타난다. 범죄의 구성요건상 정치적 성격이 있는 내란죄는 감소하고 정치상의 목적이 없는 일반범죄는 늘어난다는 점은 주목할 만하다.

이 같은 현상이 발생한 원인을 살펴보면, 각 지역에 분산되어 항쟁하던 의병들은 군대 해산 이후 해산군인이 합류하면서 부대간의 연합과 연계를 추진하고자 했다. 그 결과 13도 창의군을 결성하게 된다.<sup>39)</sup> 독자적으로 활동하던 의병부대들을 결집하여 통일된 부대를 갖추고 일제에 체계적으로 항전하고자 한 것이다. 13도 창의군은 강원도를 기반으로 하는 이인영 계열 의진과 경기도와 황해도를 중심으로 한 허위 계열 의진, 그리고 충청도를 활동무대로 하던 이강년 부대 등을 중심으로 구성되었다. 13도 창의군은 서울 공격을 목표로 진격하였고, 군사장 허위는 선발대 300여 명을 이끌고 동대문 밖 30리 지점까지 진격하여 교전을 벌였다. 당시 지도부의 서울 진공작전 목적은 다음과 같다.

그 목적은 서울로 들어가 통감부를 타격하고 연합하여 종래의 소위 신협약 등을 파기하여 대대적 활동을 기도함이라 우선 신임하는 인물을 서울에 잠입시켜 각국 영사관을 순방하고 통문을 한통씩 전달하니 그 개략적인 의도는 일본의 불의를 성토했고 한국의 불행한 상황을 상세히 진술하고 또 의병은 순수 애국적인 혈단이니 열강도 **이를 국제공법상의 전쟁단체로 인정해 줄 것**과 또 정의와 인도를 주장하는 국가 동성응원을 호소하였다.<sup>40)</sup> (밑줄 강조 필자)

<sup>38)</sup> 범죄자는 國事犯과 常事犯으로 구분된다. 국사범은 “국가조직에 관한 범죄로 國體 및 政體를 변란하거나 정부를 전복하거나 정권의 일부를 멸살하거나 시정의 방침을 改革하거나 國憲으로 정한 국민의 위치를 변경하고자 하는 등의 목적으로 직접 국가의 질서를 해하는 행위라” 정의한다. 이외에 일반범죄를 저지른 경우 상사범으로 규정하고 있다(유성준, 『법학통론』, 1908, 137쪽).

<sup>39)</sup> 홍영기, 『한말 후기의병』, 한국독립운동사편찬위원회, 2009, 35-36쪽.

13도 창의군은 먼저 서울로 진격하여 통감부를 점령하고 외교적 담판을 벌이고자 했고, 이 과정에서 한국에 주재중인 각국공사의 외교적 지원을 받고자 했다. 이 같은 지원을 발판으로 국제법상 유리한 입장에서 국권회복 문제를 놓고 통감부와 담판을 짓고자 한 것이다. 또한 서울 진공작전을 통해 통감부에 타격을 주는 것은 물론 일본과 맺은 각종 조약을 폐기하고 친일 정부를 축출하고자 했다.<sup>41)</sup>

당시 국제법상 교전단체 승인은 1899년 제1차 만국평화 회의와 1907년 헤이그 육전규칙(이하 육전규칙)에 의해 성문화되었다.<sup>42)</sup> 육전규칙에 의한 교전자격은 제1장에서 규정하고 있다. 국제공법상 교전단체로 인정받기 위해서는 육전규칙 제1조 “전쟁법 및 전쟁의 권리와 의무는 군대에 적용될 뿐만 아니라 다음 조건을 구비하는 민병 및 의용병단에도 적용된다”고 하고 그 조건은 “1. 부하에 대해 책임을 지는 자에 의하여 지휘될 것, 2. 멀리서 식별할 수 있는 특수한 휘장을 부착할 것, 3. 공공연히 무기를 휴대할 것, 4. 작전수행에 있어서 전쟁의 법 및 관습을 준수할 것, 민병 또는 의용병단이 군의 전부 또는 일부를 구성하는 국가에 있어서는 이들도 군대라는 명칭 중에 포함된다”고 규정하고 있다. 제2조에서는 “점령되지 아니한 지방의 주민으로서 적의 접근 시 제1조에 따라 조직을 할 시간이 없어서 스스로 무기를 들고 침입군에 대항하는 자들은 그들이 전쟁의 법 및 관습을 준수할 경우에는 교전자로 인정되어야 한다”고 명문화되었고, 제3조에서 “교전당사자의 병력은 전투원 및 비전투원으로 편성될 수 있고 적에게 사로잡힌 경우에는 양자 모두 포로로서 대우받을 권리가 있다”고 되어 있다.

만약 13도 창의군의 의도대로 의병이 국제법상 교전단체 승인을 받으면, 국제법상 포로 대우를 받게 된다.<sup>43)</sup> 이 경우 일본은 의병을 상대하는 작전에

40) 『대한매일신보』, 1909년 7월 30일; 13도 창의군의 지휘부는 국제법상 교전단체로 인정 받고자 각국 공사관으로 다음과 같은 내용의 서한을 발송하였다. “오늘날 이거사에 나선 의병은 국권을 회복하기 위해 피로 싸우는 단체인므로 각국은 이 충정을 헤아려 살피 국제법에 의거한 교전단체로 승인하고 종의와 성원을 보내주시시오”.

41) 신용하, 「전국 '13도창의대진소'의 연합의병운동」, 『한국독립운동사연구』 1, 1987, 20~21쪽.

42) 정재정 옮김, 海野福壽, 『한국병합사연구』, 논형, 2008, 401쪽.

서 육전규칙을 위반하는 행위를 하기 곤란한 상황에 처하게 된다. 나아가 국제사회의 눈치를 보며 의병을 ‘진압’해야 하는 처지가 되기 때문에 의병 탄압 효과는 자연스럽게 감소한다. 이에 이토 히로부미는 1908년 6월 12일 ‘폭도토벌에 종사하는 육군장교’에게 아래 내용의 연설을 한다.<sup>44)</sup>

한국의 현상황은 비록 사방에서 폭도가 봉기하는 상황이라도 완전한 평시로 전제도 아니고 내란도 아닌 오히려 지방의 소요라 칭해야 할 것이다. 일본의 주한군대는 당연한 임무로서 폭도를 진압할 의무가 있는가 없는가, 일본은 한국 국토방위에 임하더라도 이로써 곧 지방의 소요를 스스로 진압할 의무가 있는 것은 아니다. 그러한 이래로 폭도는 아직 그치지 않고 드디어 오늘날처럼 만연을 보기에 이르렀다. 폭도토벌에 있어 첫째 주의할 것은 한국은 평시 정태에 있다는 것이다. 도적의 횡행은 전쟁과 완전 다르므로 전시 법규를 적용할 수 없다. 지금의 상황은 전쟁이 아닐 뿐만 아니라 내란이라고도 칭할 수 없다. 내란이란 미국의 남북전쟁과 같은 것을 가리키는 것이다. 과연 내란이 인정되면 다른나라는 폭도를 교전단체로 보고 중립을 포고할 수 있기 때문에 그의 영향이 미치는 바는 실로 중대한 것으로 생각된다. 그러나 한국의 폭도는 결코 내란이 아니며 겨우 지방의 소요에 지나지 않는다. (밑줄 강조 필자)

1908년 6월 이토는 ‘부대장으로서 폭도 토벌에 종사하는 육군장교’에게 행한 연설에서 의병을 지방에서 소요를 일으키고 횡행하는 ‘폭도’로 규정하고 있다. 일본은 이 시기 러일전쟁의 전쟁 비용 부담 등으로 엄청난 외채를 보유하고 있었고, 이를 상환하기 위해서는 국제적 신뢰관계가 중요한 시점이었다. 이러한 시기에 한국에서 일본의 정책에 반대하며 국제법상 교전단체를 요구하는 움직임이 나타나고 이를 일본이 무력으로 탄압하면 국제사회에서 일본의 신용도는 하락하게 된다.<sup>45)</sup> 따라서 일본의 입장에서는 한국의 상황은 의병으로 인해 정치상 혼란한 상황이 아닌 정치적으로 평온하나 강도와 폭도

43) 포로에 대한 처우는 육전법 제2장 제4조~제20조에 규정되었다.

44) 「陸軍將校招待席上伊藤統監演說要領筆記」, 『倉富勇三郎 關係文書』 30-1.

45) 일본의 외채와 관련된 부분은 정재정 역, 海野福壽, 『한국병합사연구』, 406~408쪽을 참고할 것.

의 준동으로 치안유지가 상황으로 만들 필요가 있었다.

이러한 상황에서 의병에게 정치적 성격이 있는 내란죄를 적용하면, 한국은 정치적으로 혼란한 상황임을 자인하는 모습이 된다. 나아가 국제법상 내란상황까지 발전할 수도 있다. 이 경우 내란의 한쪽 당사자인 의병은 국제법상 교전단체로 인정받을 여지가 생기게 된다. 이를 차단하기 위한 방법은 사법제도의 이용이었다. 따라서 일제는 정치적 빌미를 줄 가능성을 사전에 차단하고자 의병들을 내란으로 처벌하기보다는 폭동이나 강도로 처벌하여 한국 상황은 정치적으로 안정되고 평안한 상황이며 의병을 ‘토벌’하는 행위는 단순 치안유지 활동으로 만들 필요성이 있었다. 그 결과 내란죄 비중은 점점 줄어들고 상대적으로 강도와 폭동 비중은 증가하는 양상이 나타나게 된 것으로 판단된다.

또 한 가지 주목할 사항은 1908년 7월 「형법대전」 개정 신설 조항 중 제 677조 폭동죄가 있다는 점이다.<sup>46)</sup> 앞서 살펴본 바와 같이 의병에 관여했던 사람들은 대부분 내란이나 강도죄로 처벌 받았다. 의병들의 행위를 ‘상사법’으로 취급하려는 입장에서 군자금과 군수품 조달 과정에서 의병들의 ‘약탈’행위는 강도죄를 적용받을 여지가 있을 수 있다. 하지만 강도죄의 경우 既得이건 未得이건 물건을 강탈하려는 행위가 있어야 처벌이 가능하다. 의병에 참여하되 이 같은 행위를 하지 않은 경우 기존의 「형법대전」에는 처벌근거가 없다. 이에 따라 의병에 단순가담한 자들도 처벌할 근거가 필요했고 「형법대전」에 폭동죄가 추가된 것으로 추정된다.<sup>47)</sup> 이와 함께 1908년 7월 14일 법무령 제10호 監獄事務開始期에 관한 건을 통해 감옥사무를 1908년 7월 16일부터 시행하도록 하였다.<sup>48)</sup> 내란죄의 경우 정치범이므로 사형에서 감경이 되면 「형법대전」 107조에 의해 유형을 선고 받기 때문에 별도의 감옥이 필요 없다. 하지만 정치범이 아닌 상사법은 징역을 선고받게 되고 징역을 위한 감옥이 필요하게 된다. 이토가 의병항쟁을 내란 상황이 아닌 지방의 소요상태로

46) 「형법대전 개정의 건」, 『한말근대법령자료집』 7, 94쪽.

47) 「형법대전」의 개정 작업은 명목상 대한제국 정부에서 실시하였으나 1908년 2차 개정은 통감부의 주도하에 이루어진 측면이 크다(도면희, 「갑오개혁 이후 근대적 법령제정과 정」, 『한국문화』 27, 2001, 347~352쪽).

48) 「監獄事務開始其에 관한 건」, 『한말근대법령자료집』 7, 45쪽.

인식한 이후 폭동죄가 신설되고, 감옥사무가 개시되며, 판결양상의 변화가 나타난다는 부분은 주목할 필요가 있다.

의병들은 자신들에게 내란죄가 아닌 강도죄가 적용되자 이에 반발하였다. 의병 한창렬의 사례를 보면, 한창렬은 1908년 9월 22일 경성공소원에서 강도 혐의로 교수형을 언도받았다.<sup>49)</sup> 한창렬은 이에 반발해 상고하였고, 1908년 10월 16일 대심원은 원판결을 격소하고 다시 판결하도록 사건을 경성공소원으로 환송하였다.<sup>50)</sup> 경성공소원은 원판결과 같이 강도 혐의로 교수형을 선고했고 한창렬은 이에 다시 상고하였다.<sup>51)</sup> 상고심에서 한창렬의 변호사는 “금품을 약탈한 행위의 목적은 곧 내란이며 「형법대전」 195조를 적용하지 않으면 안 된다”며 강도가 아닌 내란행위라고 주장했다. 이에 상고심 재판부는 변호사의 발언이 “원심법원이 직권에 근거하여 행한 사실에 대한 부질없는 비난”이므로 상고의 이유가 없고, 따라서 내란이 아닌 강도라고 확정판결을 했다.<sup>52)</sup> 의병들은 자신이 처벌받는다면 형법상 내란죄 적용을 받아야 한다는 인식이 있었지만, 재판부에서는 내란이 아닌 강도로 규정한 것이다.

한편 이토는 일제가 완전 장악한 재판소를 활용하여 한국인의 환심을 사고자 했다. 당시 한국 민중은 일본에게 상당한 반감을 가지고 있었다. 러일전쟁 중 일본군은 군용지의 강제수용이나 식량 징발 등 각종 부담을 한국민들에게 강요하고 이를 따르지 않을 경우 군율에 의해 사형을 포함한 엄벌을 가했으므로 일본의 군사적 지배에 불복하거나 기피하는 경향이 확산되었다. 그리고 이는 민중이 의병투쟁에 합류하게 되는 주요 원인 중 하나였다.<sup>53)</sup> 따라서 의병의 확산을 막기 위해서는 민중의 환심을 살 필요성도 있었다. 그 결과 1908년 6월 13일 각급 재판소로 부임하는 일본인 사법관에게 다음과 같은 훈시를 한다.<sup>54)</sup>

49) 「융희 2년 형공 제18호」, 『형사판결원본』, 경성공소원, 1908년 9월 22일.

50) 「융희2년 형상 제10호」, 『형사판결원본』, 대심원 형사부, 1908년 10월 16일.

51) 「융희2년 형공 제109호」, 『형사판결원본』, 경성공소원, 1908년 11월 13일.

52) 「융희 2년 형상 제54호」, 『형사판결원본』, 경성공소원, 1908년 12월 5일.

53) 최덕수·박한민 옮김, 오가와라 히로유키 저, 『이토히로부미의 한국병합구상과 조선사회』, 열린책들, 2012, 279쪽.

한인이 새로운 정치에 심복하느냐 않느냐는 사법권의 운영 여하에 달렸다. 본인이 보는 바로는 한국국민은 아직 함부로 소송을 일으키는 폐단은 없다 하더라도 장래에 그 폐단이 생기지 않는다고 단언할 수는 없다. **오늘날 재판관이 된 자는 소송이 많을 것을 바라지 말고 소송해 오는자에게 가장 공평하고 친절하게 판결해줌으로써 한인을 유도하여 사법권을 시행하는 것부터 시작해서 한인을 점차 정의와 도리에 복종하도록 노력하지 않으면 안 된다.**... (…)**한국의 지방관은 종래 보통 행정권과 사법권을 함께 가지고 있었던 것을 이번에 새로 구별하는 단서를 열어 놓았기 때문에 지금은 재판관의 책임이 특히 중대함을 생각하여 깊이 자기임무에 주의하지 않으면 안 된다. 잘못하여 재판이 불충분하고 불공평하게 되면 한인을 복종 시킬 수단과 방법은 거의 없어진다고 말할 수 있다.**(…) 어쨌든 새로 재판소를 설치하여 종래의 학정을 일소하려고함에 있어서 일본 재판관이 여하한 일을 하여야 하는가는 보통 양반 및 유생 등이 가장 주목하는 점이므로 제군은 처음부터 다대한 주의를 하지 않으면 안 된다. **요는 한인의 정당한 권리를 공평한 재판에 의하여 보호하는 데 있다.** (밑줄 강조 필자)

이토는 한국인을 복종시키기 위해 재판이 중요하다는 것을 강조하고 있다. 공평하고 친절한 판결을 통해 도리에 복종하도록 하여 민중의 신뢰를 받아야 된다는 주장이다. 만약 이토의 구상대로 ‘공평하고 친절한 판결’을 하는 일본인 사법관들이 장악한 재판소가 민중의 신뢰를 받게 되면 더욱 효율적인 탄압이 가능하게 된다.<sup>55)</sup> 의병은 조직 특성상 보급 및 활동에 민중의 절대적인 지지와 협력이 필요하다. 하지만 만일 민중에게 공평한 판결로 신뢰받는 재판소에서 의병을 ‘강도’, ‘폭도’로 규정한다면, 민중은 의병을 강도나 폭도로 인식할 수가 있다. 그렇게 되면 민중세력과 의병 세력은 자연스럽게 분리되

54) 남기정 역, 『일본의 사법부 침략 실화』, 육법사, 1978, 89~94쪽(友邦協會, 『朝鮮における司法制度近代の足跡』, 1966, 47~51쪽).

55) 이토는 자신의 훈시 내용이 어느 정도 효과를 보았다고 생각한 듯 하다. 통감을 사임하기 직전인 1909년 4월 11일 일본 사법성 주최 만찬회의장에서 “각 사법관은 각각 임지에 나가 앞서 내가 내렸던 훈시를 충분히 받아 들였기 때문에 경찰관, 재무관 혹은 다른 지방관에 비해 인민들이 사법을 신뢰하는 의향이 나타났다. 그리하여 제도는 가장 새로운 것인데도 불구하고 그 성적이 양호하다며 자화자찬했다(도면회, 『일제식민통치기구의 초기 형성과정』, 51쪽). 사법성 주최의 만찬이었고 이토 본인 스스로의 이야기이므로 민중의 실상은 달랐을 가능성도 있다.

고 의병 항쟁은 곤란함을 겪게 될 수 있다. 즉, 재판소에서 의병을 국사범이 아닌 강도나 폭동, 살인 등의 죄를 범한 상사범으로 만들면, 일제의 한국통치에 대한 대내외적 정당성을 확보함은 물론 저항세력을 억압하는 두 가지 효과를 누릴 수 있다. 따라서 통감부가 재판에 관여하기 시작한 시점부터 의병에게 적용되는 혐의가 내란에서 일반범죄로 변화하는 경향성이 나타난 것으로 판단된다.

## 5. 맺음말

이상으로 1906~1910년간 일제의 의병참여 피검자들에 대한 법률의 적용과 형량 및 그 양상을 살펴보았다. 일제는 1906년 홍주의병을 ‘진압’하면서 발생한 포로 문제로 인해 한국 사법권을 장악하고 행사할 필요성을 절실히 느꼈다. 이후 일제는 서서히 사법권을 장악해 나갔고 마침내 1909년 11월 ‘사법, 감옥사무에 관한 일본국 칙령’이 공포되면서 한국의 재판, 감옥을 비롯한 모든 사법관련 권한을 행사하였다. 이로써 일제는 형식상 ‘합법적인’ 일본인 법관을 임용하고 재판을 통해 의병을 탄압해나갔다.

일제에 장악당한 재판소는 의병 피검자들을 처벌하기 위해 주로 「형법대전」 제593조 강도죄, 제195조 내란죄, 제677조 폭동죄를 적용하였다. 의병은 내란죄보다 강도죄, 폭동죄 같은 일반범죄로 ‘처벌’되는 경우가 더 많았다. 시기적으로는 1907년 7월을 기점으로 이후로 갈수록 내란죄에 비해 강도죄의 비율이 증가했다. 지역적으로는 서울에서 가까울수록 내란죄 비율이 높았고, 지방으로 갈수록 내란보다는 강도나 폭동으로 처벌받는 경우가 많았다.

의병이 내란죄로 기소되면 원칙상 사형에 처해지게 되지만, 여러 감경 조항에 의해 실제로 유배형에 처해지는 경우가 많았다. 강도죄는 재물을 득하면 사형에 처해야 했으나 이 역시 여러 사유에 의해 감경되는 사례가 많았다. 여기에는 의병의 적극성, 주도성 여부가 크게 적용된 것으로 보인다. 하지만

상고심에서는 50% 이상의 사형 판결을 하는 등 강력하게 처벌했다.

일본의 입장에서 의병 항쟁을 정치적 목적이 없는 일반범죄로 취급되어야 했다. 이는 13도 창의군이 거병하면서 의병을 국제법상 교전단체로 인정해 줄 것을 각국 공사관에 요청하고 항쟁을 이어간 것과 관련 있다. 의병이 국제법상 교전단체로 인정받게 되면 일제는 의병을 ‘진압’하면서 국제법상 교전 수칙을 지켜야 하고, 포로 발생 시 국내법이 아닌 국제법으로 처리해야 했다. 이를 인식한 이토 히로부미는 1907년 6월 의병의 활동을 내란이 아닌 폭도들의 소요로 규정했고, 이후 의병 판결에서 내란에 의한 국사범이 아닌 강도죄 등으로 인한 상사범으로 처벌하는 사례가 나타나기 시작한다. 이후 비슷한 시기 「형법대전」을 개정하면서 폭동죄가 추가되고 징역형을 집행하기 위한 감옥사무관련 법규가 신설된다는 점 또한 주목할 부분이다.

일제는 형사재판권을 통해 의병을 정치성이 없는 일반범죄화하여 한국이 정치적으로 혼란하지 않은 평온한 상태임을 국제사회에 보여주고자 했다. 그 결과 의병을 국가적 범익을 침해하는 ‘國事犯’이 아닌 개인적 범익을 침해하는 ‘常事犯’으로 취급했다. 즉, 의병 항쟁의 의미를 국가적 범익이 아닌 개인적 범익을 침해하는 사건으로 의미를 축소시킴으로써 탄압의 정당성을 확보하려 했던 것이다. 또한 상사범 취급을 하면서도 사형의 비중은 12% 이상이었고, 형량이 가장 강한 강도율을 적용하여 내란죄 이상의 형량을 유지하였다.

형법은 기본적으로 국가의 형벌권에 기반을 두고 집행되며 사회질서의 기본가치를 지키는 역할을 해야 한다. 일제는 외형적으로 ‘법적 정당성’을 확보하기 위해 내란에 관련 사건이라도 증거가 부족하면 무죄를 선고하기도 하는 등 ‘합리적인’ 모습을 보여주려고 했지만, 이러한 경우는 소수에 불과했다. 일제가 한국을 강점하는 과정에서 형벌권을 통해 형법의 기본가치를 무시하고 자신에게 반하는 세력을 억압하는 도구로 사용했던 사실은 폭압적 식민지화 과정을 적나라하게 보여준다.

본고는 1906~1910년간 일제의 의병들에 대한 적용 법률 및 형량을 분석하였다. 그 결과 일제가 의병을 상사범으로 처벌한 것은 대내외적으로 한국이 정치적으로 안정된 상황임을 과시하는 한편 의병의 거병 의미를 축소시켜 이



들의 활동과 존재를 불식내지 꺾으려는 의도가 있었다는 점을 확인하였다. 하지만 국사범과 상사범의 양상 차이에 초점을 맞춘 나머지 세부적인 정책 입안자나 제도의 운영자인 판검사 등 재판운영자를 분석하는 데까지 나아가지 못한 한계가 있었다. 또한 지역적, 계층적 판결을 의병부대별로 더욱 면밀하게 검토할 필요성도 있다. 이는 향후 보완과제로 삼고자 한다.

- 투고일 : 2017. 12. 27. / 심사완료일 : 2018. 1. 23. / 게재확정일 : 2018. 1. 31.
- 주제어 : 통감부, 의병, 내란죄, 국사범, 상사범, 형법대전, 이토 히로부미(伊藤博文)

## ❖ 참고문헌

『구한국관보』

『대한매일신보』

국가기록원, 『형사판결원본』(CJA0000021, CJA0000158, CJA0000691, CJA0001151 등)  
\_\_\_\_\_, 『독립운동관련 판결문 자료집 의병운동』 1, 2011.

국회도서관, 『한말근대법령자료집』, 1971.

독립운동사편찬위원회, 『독립운동사 자료집』 별집 1, 1974.

국가편찬위원회, 『통감부문서』 3, 1998.

유성준, 『법학통론』, 1908.

남기정 역, 『일본의 사법부 침략 실화』, 육법사, 1978.

도면희, 『한국 근대 형사재판제도사』, 푸른역사, 2014.

문준영, 『법원과 검찰의 탄생』, 역사비평사, 2010.

박은식, 『한국독립운동지혈사』(『박은식전집』 상), 1975.

이계형 외, 『통감부 설치와 한국 식민지화』, 한국독립운동사편찬위원회, 2009.

정재정 옮김, 海野福壽, 『한국병합사연구』, 논형, 2008.

최덕수, 박한민 옮김, 오가와라 히로유키 『이토히로부미의 한국병합구상과 조선사회』,  
열린책들, 2012.

홍영기, 『대한제국기 호남의병 연구』, 일조각, 2004.

김상기, 「조선말 의병전쟁 연구의 현황과 과제」, 『의병전쟁연구』 상, 지식산업사, 1990.  
\_\_\_\_\_, 「한말 일제의 침략과 義兵 虐殺」, 『역사와 담론』 52, 2009.

김헌주, 「마을주민의 시선에서 본 의병운동」, 『한국사학보』 49, 2012.

도면희, 「갑오개혁 이후 근대적 법령제정과정」, 『한국문화』 27, 2001.

박민영, 「한말 義兵의 對馬島 被囚 經緯에 대한 연구」, 『한국근현대사연구』 37, 2006.  
\_\_\_\_\_, 「한말 對馬島 被囚 義兵의 幽閉生活」, 『한국독립운동사연구』 27, 2006.

신용하, 「전국 '13도창의대진소'의 연합의병운동」, 『한국독립운동사연구』 1, 1987.

심철기, 「提川乙未義兵의 砲軍과 農民」, 『지역문화연구』 3, 2004.

\_\_\_\_\_, 「원주지역 전기의병의 학문적 배경과 참여세력」, 『한국사상사학』 38, 2011.

\_\_\_\_\_, 「한말 원주의병의 발전과정과 운동 방략」, 연세대 대학원 박사학위 논문, 2014.

\_\_\_\_\_, 「1907년 의병전쟁 참여세력의 존재양상과 일제의 대응: 경기·강원·충청지역  
재판기록을 중심으로」, 『한국민족운동사연구』 90, 2017.

전봉덕, 「일제의 사법권 침탈과정의 연구」, 『愛山學報』 2, 1982.

❁ 국문요약

## 1906~1910년간 일제의 의병 판결실태와 그 성격

김 항 기

일제는 1906년 홍주의병을 진압하면서 발생한 포로 문제로 인해 한국 사법권을 획득하고 행사할 필요성을 인식하였고 일제에 장악당한 재판소는 의병 피검자들을 처벌하기 위해 주로 「형법대전」 제593조 강도죄, 제195조 내란죄, 제677조 폭동죄를 적용하였다. 의병은 내란죄보다 강도죄, 폭동죄 같은 일반범죄로 처벌되는 경우가 더 많았다. 시기적으로는 1907년 7월을 기점으로 이후로 갈수록 내란죄에 비해 강도죄의 비율이 증가했다. 지역적으로는 서울에서 가까울수록 내란죄 비율이 높았고 지방으로 갈수록 내란보다는 강도나 폭동으로 처벌받는 경우가 많았다.

의병이 내란죄로 기소되면 원칙상 사형에 처해지게 되지만, 여러 감경 조항에 의해 실제로 유배형에 처해지는 경우가 많았다. 강도죄는 재물을 득하면 사형에 처해야 했으나 이 역시 여러 사유에 의해 감경되는 사례가 많았다. 여기에는 의병의 적극성, 주도성 여부가 크게 적용된 것으로 보인다. 하지만 의병에 대한 강경 진압 방침으로 입장을 선화한 1908년 5월 이후에는 전반적으로 형량이 증가하는 양상이 나타나고 있다.

일본의 입장에서 의병 항쟁을 정치적 목적이 없는 일반범죄로 취급되어야 했다. 이는 13도 창의군이 거병하면서 의병을 국제법상 교전단체로 인정해 줄 것을 각국 공사관에 요청하고 항쟁을 이어간 것과 관련 있다. 의병이 국제법상 교전단체가 될 경우 의병은 국내법이 아닌 국제법상 포로 대우를 받아야 하고 의병 토벌도 국제법상 교전 수칙을 지켜가며 해야 했기 때문이다. 이를 인식한 이토 히로부미는 1907년 6월 의병의 활동을 내란이 아닌 폭동들의 소요로 규정했고, 이후 의병 판결에서 내란에 의한 국사범이 아닌 강도죄

등으로 인한 상사범으로 처벌하는 사례가 나타나기 시작한다. 이후 비슷한 시기 「형법대전」 개정에서 폭동죄가 추가되고 징역형을 집행하기 위한 감옥 사무관련 법규가 신설된다는 점 또한 주목할 부분이다.

일제는 형사재판권을 통해 의병을 정치성이 없는 일반범죄화하여 한국은 정치적으로 혼란하지 않은 평온한 상태임을 국제사회에 보여주고자 했다. 그 결과 의병을 국가적 법익을 침해하는 ‘國事犯’이 아닌 개인적 법익을 침해하는 ‘常事犯’으로 취급한 것이다. 즉, 의병 항쟁의 의미를 국가적 법익이 아닌 개인적 법익을 침해하는 사건으로 의미를 축소시키려 하였다. 이를 통해 탄압의 정당성을 확보하였다. 또한 상사범 취급을 하면서도 사형의 비중은 12% 이상이었고, 형량이 가장 강한 강도울을 적용하여 내란죄 이상의 형량을 유지하였다.

일제는 외형적으로 ‘법적 정당성’을 확보하기 위해 내란에 관련 사건이라도 증거가 부족하면 무죄를 선고하기도 하는 등 ‘합리적인’ 모습을 보여주려고 했다. 하지만 이러한 경우는 극소수에 불과했고 절차상 심급제를 지켜면서도 상고심에서 50% 이상의 사형 판결을 하는 등 강력한 처벌을 했다. 이처럼 일제는 한국을 강점하는 과정에서 형벌권을 통해 자신에게 반하는 세력을 억압하는 도구로 사용했다.

✿ Abstract

A Study on the Aspects and Characteristics of  
the Japanese Court's Judgments on the Korean  
Righteous Army(1906~1910)

Kim, Hang-ki

The Japanese Empire suppressed the Hongju Righteous Army in 1906, and it has learnt the necessity of acquiring the judicial authority of Korea from the Korean Empire, in order to deal with the problem of the captured participants of the righteous army during the suppression operation. When the Japanese Empire gained control of the court of law, it made a decision to punish the participants of the Hongju Righteous Army for treason, burglary, and riot. At that time, prisoners that are related to the righteous army usually were punished rather for burglary than treason. The 7th month of 1907 was the starting point of the increasing rate of burglary punishment for the captured participants in comparison with treasonable crimes.

The Japanese Empire intended to treat the righteous army participants as a common criminal who did not have any political intentions. This was because the righteous army arose from the 13 provinces asked all the legations in Korea to recognize them as a belligerent community. If the righteous army was regarded as a belligerent community, the Japanese Empire had to deal with them according to the rules of engagement by international law. Ito Hirobumi, who was aware of this, regulated the righteous army as a mob and thereby the captured participants of the

righteous army were started to be punished for a general offense such as burglary, not for a political offense. Around the same time, during the revision of Penal Code, a charge of rioting is added and the Prison Law was newly set up to conduct penal labour, as well. These can be regarded as an evidence of the Japanese Empire's intention.

Through the execution of criminal jurisdiction, the Japanese Empire regulated the righteous army as a common crime, in order to propagandize the international community that Korea was in a state of peace. As a result, the righteous army participants were treated as a violator of a general offense, not a political offense. And thereby the significance of the righteous army was also dismissed as an invasion of individual benefit and protection of the law. This is how the Japanese Empire justified their suppression operations against the righteous army. And, while treating the righteous army participants as a violator of a general offense, it still applied burglary crime for the punishment of them in order to inflict heavier penalty than rebellion crime.

Key Words : Residency-General(統監府), Righteous Armies(義兵), treason, Political Offense, General Offense, Penal Code(刑法大全), Ito Hirobumi